

Robert Chr. van Ooyen | Martin H. W. Möllers

„Der Staat ist von Verfassungen wegen nicht gehindert ...“

National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts

STAATSVERSTÄNDNISSE



Nomos

Wissenschaftlicher Beirat:

Klaus von Beyme, Heidelberg

Horst Bredekamp, Berlin

Norbert Campagna, Luxemburg

Herfried Münkler, Berlin

Henning Ottmann, München

Walter Pauly, Jena

Wolfram Pyta, Stuttgart

Volker Reinhardt, Fribourg

Tine Stein, Göttingen

Kazuhiro Takii, Kyoto

Pedro Hermilio Villas Bôas Castelo Branco, Rio de Janeiro

Loïc Wacquant, Berkeley

Barbara Zehnpfennig, Passau

Staatsverständnisse | Understanding the State

herausgegeben von

Rüdiger Voigt

Band 153

Robert Chr. van Ooyen
Martin H. W. Möllers

„Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert ...“

National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis
des Bundesverfassungsgerichts



Nomos

© Titelbild: „Die zwei Senate“ (Martin H. W. Möllers).

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8309-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2699-3 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Editorial

Das Staatsverständnis hat sich im Laufe der Jahrhunderte immer wieder grundlegend gewandelt. Wir sind Zeugen einer Entwicklung, an deren Ende die Auflösung der uns bekannten Form des territorial definierten Nationalstaates zu stehen scheint. Denn die Globalisierung führt nicht nur zu ökonomischen und technischen Veränderungen, sondern sie hat vor allem auch Auswirkungen auf die Staatlichkeit. Ob die „Entgrenzung der Staatenwelt“ jemals zu einem Weltstaat führen wird, ist allerdings zweifelhaft. Umso interessanter sind die Theorien früherer und heutiger Staatsdenker, deren Modelle und Theorien, aber auch Utopien, uns Einblick in den Prozess der Entstehung und des Wandels von Staatsverständnissen geben.

Auf die Staatsideen von Platon und Aristoteles, auf denen alle Überlegungen über den Staat basieren, wird unter dem Leitthema „Wiederaneignung der Klassiker“ immer wieder zurückzukommen sein. Der Schwerpunkt der in der Reihe *Staatsverständnisse* veröffentlichten Arbeiten liegt allerdings auf den neuzeitlichen Ideen vom Staat. Dieses Spektrum reicht von dem Altmeister *Niccolò Machiavelli*, der wie kein Anderer den engen Zusammenhang zwischen Staatstheorie und Staatspraxis verkörpert, über *Thomas Hobbes*, den Vater des Leviathan, bis hin zu *Karl Marx*, den sicher einflussreichsten Staatsdenker der Neuzeit, und schließlich zu den zeitgenössischen Staatstheoretikern.

Nicht nur die Verfälschung der Marxschen Ideen zu einer marxistischen Ideologie, die einen repressiven Staatsapparat rechtfertigen sollte, macht deutlich, dass Theorie und Praxis des Staates nicht auf Dauer voneinander zu trennen sind. Auch die Verstrickung Carl Schmitts in die nationalsozialistischen Machenschaften, die heute sein Bild als führender Staatsdenker seiner Epoche trüben, weisen in diese Richtung. Auf eine Analyse moderner Staatspraxis kann daher in diesem Zusammenhang nicht verzichtet werden.

Was ergibt sich daraus für ein zeitgemäßes Verständnis des Staates im Sinne einer modernen Staatswissenschaft? Die Reihe *Staatsverständnisse* richtet sich mit dieser Fragestellung nicht nur an (politische) Philosophen und Philosophinnen, sondern auch an Geistes- und Sozialwissenschaftler bzw. -wissenschaftlerinnen. In den Beiträgen wird daher zum einen der Anschluss an den allgemeinen Diskurs hergestellt, zum anderen werden die wissenschaftlichen Erkenntnisse in klarer und aussagekräftiger Sprache – mit dem Mut zur Pointierung – vorgetragen. Auf diese Weise wird der Leser/die Leserin direkt mit dem Problem konfrontiert, den Staat zu verstehen.

Prof. Dr. Rüdiger Voigt

Editorial – Understanding the State

Throughout the course of history, our understanding of the state has fundamentally changed time and again. It appears as though we are witnessing a development which will culminate in the dissolution of the territorially defined nation state as we know it, for globalisation is not only leading to changes in the economy and technology, but also, and above all, affects statehood. It is doubtful, however, whether the erosion of borders worldwide will lead to a global state, but what is perhaps of greater interest are the ideas of state theorists, whose models, theories and utopias offer us an insight into how different understandings of the state have emerged and changed, processes which neither began with globalisation, nor will end with it.

When researchers concentrate on reappropriating traditional ideas about the state, it is inevitable that they will continuously return to those of Plato and Aristotle, upon which all reflections on the state are based. However, the works published in this series focus on more contemporary ideas about the state, whose spectrum ranges from those of the doyen *Niccolò Machiavelli*, who embodies the close connection between the theory and practice of the state more than any other thinker, to those of *Thomas Hobbes*, the creator of *Leviathan*, those of *Karl Marx*, who is without doubt the most influential modern state theorist, those of the Weimar state theorists *Carl Schmitt*, *Hans Kelsen* and *Hermann Heller*, and finally to those of contemporary theorists.

Not only does the corruption of Marx's ideas into a Marxist ideology intended to justify a repressive state underline the fact that state theory and practice cannot be permanently regarded as two separate entities, but so does Carl Schmitt's involvement in the manipulation conducted by the National Socialists, which today tarnishes his image as the leading state theorist of his era. Therefore, we cannot forego analysing modern state practice.

How does all this enable modern political science to develop a contemporary understanding of the state? This series of publications does not only address this question to (political) philosophers, but also, and above all, students of humanities and social sciences. The works it contains therefore acquaint the reader with the general debate, on the one hand, and present their research findings clearly and informatively, not to mention incisively and bluntly, on the other. In this way, the reader is ushered directly into the problem of understanding the state.

Prof. Dr. Rüdiger Voigt

Inhaltsverzeichnis

Einführung

Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers

Das ‚Staatsverständnis‘ des Bundesverfassungsgerichts und das ‚Deutsche‘
in der Staats(rechts)lehre 13

Staats- und Demokratietheorie: Zwischen politischer Theologie, ‚Volksdemokratie‘ und Pluralismustheorie

Robert Chr. van Ooyen

Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner
Richterschaft: National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde,
Kirchhof, Herzog und Di Fabio 23

Robert Chr. van Ooyen

Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des
Bundesverfassungsgerichts: Das Pluralismuskonzept des Ersten Senats
(Kelsen und Popper, Hesse und Häberle) als Alternative zum
Legitimationsketten-Modell (Schmitt und Böckenförde) 55

Robert Chr. van Ooyen

Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?
Hegels und Hobbes’ Begriff des Politischen in den Asylentscheidungen
des Bundesverfassungsgerichts 67

Robert Chr. van Ooyen

Die ‚Kopftuch-Entscheidung(en)‘ des Bundesverfassungsgerichts zwischen
Pluralismustheorie (Kelsen/Fraenkel) und Staatstheologie (Hegel/Schmitt) 81

Robert Chr. van Ooyen

Die Exekutivlastigkeit im Föderalismusverständnis des Bundesverfassungsgerichts 107

**Grundrechteverständnis und Innere Sicherheit:
Zwischen Liberalismus und Etatismus**

Martin H. W. Möllers

Der durch Zeitgeist und Staatsräson bedingte Wandel von
Menschenwürde und Bürgerfreiheit nach 70 Jahren Grundgesetz 119

Martin H. W. Möllers

Abkehr vom liberalen Brokdorf-Beschluss bei der Polizeikessel-Entscheidung
des Bundesverfassungsgerichts? 141

Martin H. W. Möllers

Staatsräsonistische ‚Freifahrt‘ nach der ‚Schutzpflichtenlehre‘ für verdeckte
Vorfeldermittlungen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz 153

Martin H. W. Möllers

Die Umsetzung des neuen Gefahrenbegriffs ‚drohende Gefahr‘ im Bayerischen
Polizeiufgabengesetz nach dem Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz 165

Martin H. W. Möllers

Neue Beschränkungen der Übermittlungs- und Abrufregelungen
für Bestandsdaten durch das Bundesverfassungsgericht 171

Maximilian Chr. M. Möllers/Martin H. W. Möllers

Exkurs:
Das Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB
und der Grundrechtsschutz zum selbstbestimmten Tod –
Distanzierung von der Schutzpflichtenlehre? 183

**Europäische Integration:
Die ‚Trinitätslehre‘ von Staat – Souveränität – Volk**

Robert Chr. van Ooyen

Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft:
Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft
Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft 199

<i>Robert Chr. van Ooyen</i>	
Eine ‚europafeindliche‘ Kontinuität: Zum Politikverständnis der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	213

Außenpolitik: Regierungsdomäne und liberaler Grundrechtsschutz

<i>Robert Chr. van Ooyen</i>	
Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz: John Locke’s ‚föderative Gewalt‘ im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts	233

<i>Martin H. W. Möllers</i>	
Weltweiter Grundrechtsschutz nach dem deutschen Grundgesetz? Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte im Ausland	251

Notstandsverfassung: Kein ‚Ausnahmestand‘, aber im Zweifel auch nicht für Freiheit und demokratisches Verfahren

<i>Robert Chr. van Ooyen</i>	
‚Kalte‘ Verfassungsänderung: Die Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Luftsicherheit	265

<i>Martin H. W. Möllers</i>	
Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus-Pandemie und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – mehr Etatismus oder Liberalismus?	271

Abkürzungen	297
Textnachweise	299
Autoren	301

Einführung

Das „Staatsverständnis“ des Bundesverfassungsgerichts und das „Deutsche“ in der Staats(rechts)lehre

Gibt es ein „Verständnis“ einer Institution und daher auch das „Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts“? Während bei der ersten Teilfrage leicht schon auf Maurice Hauriou verwiesen werden kann,¹ ist die zweite etwas kniffliger: *Das* Staatsverständnis kann es natürlich nicht geben: Angesichts der personellen und zeitlichen Diskontinuitäten, verschiedenen Entscheidungskontexten, jeweiligen Fall-Logiken und allein aufgrund der Tatsache zweier Senate gibt es *das* Bundesverfassungsgericht ja gar nicht. Und schon die Sondervoten zeugen von einer (zunehmenden) Pluralisierung der Verständnisse, nicht aber von einem Gericht als „Theorieproduzenten“ im Sinne geschlossener Systementwürfe. Seine Repräsentanten selbst wenden zudem ein, dass das Bundesverfassungsgericht überhaupt nicht „Staatstheorie“ betreibe, sondern Fälle juristisch entscheide.² Das „unpolitische“ (Verfassungs)Recht und sein unpolitisches Gericht – das ist natürlich ein Mythos,³ mit dem sich die Richter/innen allenfalls clever eine Legitimationsreserve für die Akzeptanz ihrer Urteile zu erschließen hoffen. Und bloß „Fälle entscheiden“ – das mag stellenweise für das anglo-amerikanisch geprägte Recht gelten, kaum jedoch für die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts mit seiner dogmatischen, zeitlosen „Maßstabsbildung“⁴ und den ausufernden Begründungen. Dass das Bundesverfassungsgericht aber tatsächlich selten über „Theorie“ bzw. konkurrierende Theorieentwürfe verfügt und einfach tradierte Konzepte der Staatsrechtslehre apodiktisch nur als Vorverständnisse grundlegend vorausgesetzt werden – das ist Teil des hier diskutierten „Staatsverständnisses“. Mit dem von Peter Häberle herausgearbeiteten Ansatz⁵ über den Zusammenhang von „Kultur und Verfassung“ lässt sich dabei eine „deutsche Konstante“ im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts beobachten.⁶

Was aber ist im Staatsverständnis „deutsch“?⁷

1 Hauriou 1965 (Neusaugabe).

2 So Voßkuhle 2013.

3 Vgl. van Ooyen 2005 und 2008/09; exemplarisch gezeigt an „Brokdorf“ durch Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius 2015; mit Blick auf das Wirken z.B. von Gerhard Leibholz Wiegandt 1995; allgemein schon Wassermann 1972.

4 Vgl. Lepsius 2015.

5 M.w.N. van Ooyen/Möllers 2016.

6 Allgemein zu Konstanten in der deutschen politischen Kultur vgl. Sontheimer/Bleek, 1991, S. 123 ff.

7 Vgl. van Ooyen 2019.

1. Es ist der „Staat“, gedacht als die der Gesellschaft gegenübergestellte und übergeordnete souveräne politische Einheit mit eigener Substanz: „der Staat ‚über alles‘“,⁸ das „Denken vom Staat her“,⁹ der „Staat als Argument“ oder auch als „vermisster Leviathan“¹⁰ – das ist spätestens seit Hegel der „German Approach“,¹¹ auch beim Bundesverfassungsgericht.

„Staat“ meint etwas anderes als „state“ oder „government“. Selbst Rechts-*Staat* oder *Staats-Recht* sind daher Begriffe, die sich nur bedingt etwa ins Englische übersetzen lassen. Sie sind immer mehr gedacht als bloß „constitutional law“ bzw. „rule of law“. An den Gegensätzen von Staat und Recht, Staatsrecht und Verfassungsrecht haben sich in der deutschen Staatsrechtslehre fundamentale Streitigkeiten ganzer „Schulen“ entzündet. Bisweilen geschah das mit „vertauschten“ Etiketten: Carl Schmitt etwa schrieb keine Staats-, sondern ausdrücklich eine „Verfassungslehre“ (1928) des „souveränen“, „homogenen“ und „geführten“ Volkes, um eben den von ihm so geliebten, aber aus seiner Sicht untergehenden „Staat“ durch Totalisierung doch noch zu retten.¹² Daher setzte er den Begriff des Politischen als „Freund-Feind-Entscheidung“ dem des Staats sogar *voraus*. Von ihm und seinen Schülern wurde 1962 eine eigens hierfür gegründete wissenschaftliche Zeitschrift so benannt: „Der Staat“. Demgegenüber verfasste Hans Kelsen, Haupt der „Wiener Schule“ und in den 1920er Jahren wohl radikalster Kritiker dieser deutschen Staatsideologie, zwar eine „Allgemeine Staatslehre“ (1925). Diese dampfte den „Staat“ jedoch vollständig auf die positive Rechtsordnung ein: Staat ist Recht ist Verfassung. In der normativen Staatstheorie Kelsens existiert der „Staat“ überhaupt erst durch die Verfassung. Denn es gibt „nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert“.¹³ Ob Religionspluralismus, multiethnische Gesellschaft, Ausländerwahlrecht oder europäische Integration – bis heute wird im deutschen Diskurs hierüber weiter gestritten: Heißt es Staatskirchen- oder Religionsverfassungsrecht – Bürger/in oder Staatsangehörige/r¹⁴ – und ist Europa schon Bundesstaat, nur ein Kirchhofscher „Staatenverbund“ oder doch bloß normativ verstanden die Rechtsgemeinschaft der EU-Bürger/innen auf der Grundlage einer gemeinsamen europäischen Rechtsordnung (=Verfassung)?¹⁵ Der Dualismus von Staat und Recht bzw. Verfassung, der in den Begriffen „Staatsrecht“ oder auch „Verfassungsstaat“ aufbricht, suggeriert, dass der Staat Schöpfer des Rechts sei, also „eine logische Voraussetzung der Verfassung“, eine „etatistische Super-Verfassung“, die im Notstand „gegen die aktuelle

8 Weiler 1996.

9 Günther 2004.

10 Chr. Möllers 2011 und 2008; vgl. Lepsius 2004 und 2013; Gusy 2007; Schulze-Fielitz 2007; van Ooyen 2005 und 2006; Alshut 1999, Hammans 1987; schon Bärtsch 1974 und Kelsen 1992/23.

11 Schönberger 2015.

12 Vgl. zum Folgenden m. w. N. van Ooyen, 2020b.

13 Häberle 1998, S. 620.

14 Vgl. Wallrabenstein 1999; van Ooyen 2020c.

15 Vgl. Häberle/Kotzur 2016.

Verfassung verwendet werden kann“.¹⁶ Das war schon beim Großmeister der deutschen Staatslehre der Fall. Georg Jellinek definierte den Staat als „ursprüngliche Herrschermacht“,¹⁷ schöpferisch und sich selbst erschaffend, also philosophisch als eine *prima causa*. Auch beim Liberalen Jellinek zeigte sich so noch das Erbe der politischen Theologie Hegels. Und als Liberaler offenbar selbst erschrocken, versuchte er dann die Souveränität dieses irdischen Gotts in seiner „Selbstverpflichtungslehre“ wieder einzufangen – so wie das Bundesverfassungsgericht noch heute in den liberal geprägten Entscheidungen. Schon Kelsen stellte daher u. a. in seiner Auseinandersetzung mit Rudolf Smend deutlich heraus, dass der Dualismus von Staat und Recht (oder auch Verfassung und Verfassungsrecht) einer Theorie des Verfassungsbruchs gleichkomme.¹⁸ Der souveräne „Staat“ als vorrechtliche Kategorie, die Macht vor Recht setzt, ist daher „vordemokratisch“ und gegen das positive Verfassungsrecht gerichtet; er ist auch „zu einem Saloncode für deutsche europaskeptische Juristen geworden“.¹⁹

2. Und es ist das „Volk“ als homogene Gemeinschaft,²⁰ das den „Staat“ im Zeitalter der Demokratie flankiert, aber wiederum gedacht als souveräne politische Einheit mit eigener Substanz. „Volk“ meint eben etwas anderes als das amerikanische „people“ – denn „niemals denkt der Amerikaner an eine mythische Einheit, einen ‘Gesamtwillen’, unteilbar und nur eines Sinnes, wie es im deutschen ‘Volk’ mitschwingt“.²¹

Das wurzelt tief in der deutschen Romantik, im Scheitern der liberalen 1848er Paulskirchen-Bewegung, in den Freund-Feind-Kämpfen Bismarcks gegen das Zentrum und die SPD sowie einer bis zum Ende des Ersten Weltkriegs nie gelungenen Parlamentarisierung der konstitutionellen Monarchie. Antipluralistische Attitüden steigerten sich im nationalistisch-militaristischen Wilhelminismus und wurden zur schlimmen Hypothek der Weimarer Republik, verschärft auch durch eine deutschnationale Staatslehre, die den gesellschaftlichen Organisationen des Pluralismus in Form der politischen Parteien (und Verbände) als dem Deutschen „wesensfremd“ und als „westlich-dekadent“ ansah. Sie wurzeln zudem in andauernden Fehlverständnissen über die Funktionsweise des parlamentarischen, parteidemokratischen Regierungssystems. Vor dem Auseinanderklaffen eines romantisch-verklärten Ideals identitärer Demokratie („Volkswille“) und tatsächlicher Arbeitsweise der Parlamentarismus ist schon Ende der 1990er Jahre als „latenter Verfassungskonflikt“ gewarnt worden.²² So ist „Demokratie“ in Deutschland noch heute und bis in das Bundesverfassungsgericht hinein von Vorstellungen der „Volksdemokratie“ ge-

16 *Jakab* 2015, S. 104 f.

17 *Jellinek* 1914, S. 180 f. und 183.

18 Vgl. *Kelsen* 1930, S. 89.

19 *Jakab* 2015, S. 120.

20 Vgl. *Lübbe-Wolff* 2007; *Hanschmann* 2008.

21 *Kremp* 1996, S. 101 f.

22 *Patzelt* 1998 und vgl. 2015; allgemein schon *Fraenkel* 1990; vgl. hierzu *M. Möllers* 2009.

prägt;²³ Volkssouveränität und Parteien, Gemeinwohl und Gruppeninteressen werden dabei gegenüber gestellt, z. T. als unvereinbare Gegensätze – eben in Anlehnung an Ferdinand Tönnies: „Gemeinschaft“ statt „Gesellschaft“.

„Volk“ und „Staat“ als „Gemeinschaft“ – das zeigt sich schon im sprachlichen Alltagsgebrauch, denn in Deutschland ist man immer „Mit-“: Mitbewohner/in, Mitarbeiter/in, Mitbürger/in, Mitmensch usw. – als ob Bürger- und Menschsein einfach nicht ausreichte. Und es wird dauernd „integriert“: ob Ausländer und Behinderte oder ob durch die „Integrationsfunktion“ der Staatsorgane, auch des Bundesverfassungsgerichts selbst²⁴ – immer scheint es schon eine vorgegebene (politische) Einheit zu geben, in die hinein integriert werden muss, vor allem in „Volk“ und „Staat“.

So steht das Bundesverfassungsgericht bei aller Varianz über die Zeit, bei allem Streit in und zwischen den Senaten sowie seiner z. T. auch bloß okkasionellen Theoriebildung²⁵ hinweg in einer Tradition, in der die Staatsfixiertheit mit dem Volksbegriff ein besonderes Amalgam eingegangen ist – wenn auch in einer liberal „eingehegten“ Weise. Dabei wird immer wieder auf antipluralistische Konzepte des 18./19. Jahrhunderts und der Weimarer Zeit zurückgegriffen, die im bundesdeutschen Diskurs über Politik und Verfassung wirkmächtig geblieben sind. Der „national-liberale Etatismus“ ist aus „rechtspolitologischer“ Sicht²⁶ zwar nicht *das*, aber *ein* für das Bundesverfassungsgericht prägendes „Staatsverständnis“. Aufgrund der Fülle der Entscheidungen in sieben Jahrzehnten und der wechselnden Richterpersönlichkeiten kann das hier nur exemplarisch, anhand ausgewählter Vorverständnisse und „neuerer“ Entscheidungen aufgezeigt werden:²⁷

1. Im Bereich der „Staatsorganisation“ anhand der vertretenen Staats- und Demokratietheorien; dabei stehen sich zwei rivalisierende Konzepte gegenüber, vereinfacht: ein (wohl bis heute dominantes) Legitimationsketten-/Kernstaatsmodell und ein pluralistisch-prozedurales Demokratieverständnis, sodass es z. B. beim „Kopftuchstreit“ zu einem fast 20 Jahre dauernden „Long-Distance-Schlagabtausch“ zwischen den Senaten gekommen ist.
2. Im Bereich „Grundrechte“ anhand aktueller Entscheidungen zur Inneren Sicherheit; es zeigt sich, dass die hier traditionell stärker liberal ausgerichtete Theorie auch eine „dunkle“, estatistische Seite hat, wie sie sich vor allem aus der „Schutzpflichtenlehre“ ergibt, und dass sie mit den zahlreichen „Sicherheitspaketen“ seit 9/11 Stück für Stück in Richtung „Staatsräson“ zu kippen droht. Denn das Verfassungsgericht versieht die Ausweitungen exekutiver (Sicherheits-)Befugnisse zwar fallweise mit einigen Aufla-

23 Bryde 1994; vgl. Bull 1998; Redaktion *Kritische Justiz* 2000; van Ooyen 2005, 2015 und 2020a.

24 M.w.N. van Ooyen 2014.

25 Vgl. Wöbst 2017.

26 Zum Begriff allgemein Voigt 2015.

27 Ausdrücklich sei auf eine soeben erschienene Arbeit verwiesen, die in diesem Sinne speziell das „Parlamentsverständnis“ des Bundesverfassungsgerichts analysiert: Kuhn 2021.

gen, winkt sie aber letztendlich immer wieder durch, selbst bei Lauschangriffen deutscher Behörden im Ausland.

3. Im Bereich der europäischen Integration anhand eines regelrecht „europafeindlichen“ Verständnisses bei „Maastricht“ und „Lissabon“ (das jedoch bisher ohne echte, „harte“ rechtspolitische Folgen blieb); hier reklamiert das Gericht vielleicht sogar am deutlichsten sein Konzept nationaler Souveränität, sodass es auch einer breiteren Öffentlichkeit nicht verborgen geblieben ist – und setzt sich selbst zum „Staats- und Volkshüter“ mit „Letztentscheidungsrecht“ ein.
4. Im Bereich der Außenpolitik anhand eines altmodischen Verständnisses von „Auswärtiger Gewalt“; diese erweist sich als fast parlamentsfreie „Regierungsdomäne“, die aber durch Ausweitung des liberalen Grundrechtsschutzes eingeeht werden soll.
5. Im Bereich des Notstandsverfassungsrechts anhand der neueren Entscheidungen zu „Luftsicherheit“ und „Corona-Pandemie“; hier gibt es zwar keinen Weimarer „Ausnahmestand“ mehr. Das Bundesverfassungsgericht setzt sich jedoch staatsrätionistisch über demokratische Verfahren der Verfassungsänderung hinweg und entscheidet im Zweifel: nicht für die Freiheit.

Das Bundesverfassungsgericht – so die These des Bands – „oszilliert“ regelrecht zwischen einem liberal-pluralistischen Verständnis von Bürger/in, Verfassung und Gesellschaft und einem national-identitären Etatismus. Aber im Zweifelsfalle gilt:

„... ist der Staat von Verfassungs wegen nicht gehindert“.²⁸

Und so verrät auch hier wiederum schon die Sprache in einer für das Bundesverfassungsgericht typischen Wendung das Denken in atavistischen politischen Theorien, die es als „Deutungsmacht“²⁹ über den unabänderbaren Verfassungskern auf „Ewigkeit“ festzuschreiben sucht.³⁰

Literatur

Alshut, Jörg, 1999: Der Staat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.

Bärsch, Claus-Ekkehard, 1974: Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen, Berlin.

Bryde, Brun-Otto, 1994: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, SuS, Heft 3, S. 305-330.

Bull, Hans-Peter, 1998: Hierarchie als Verfassungsgebot? Zur Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts; in: Greven, Michael Th./Münkler, Herfried/Schmalz-Bruns, Rainer (Hrsg.), Bürgersinn und Kritik. FS Bernbach, Baden-Baden, S. 241-256.

Doering-Manteuffel, Anselm/Greiner, Bernd/Lepsius, Oliver, 2015: Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen.

Fraenkel, Ernst, 1990: Deutschland und die westlichen Demokratien, erw. 2. Aufl., Frankfurt am Main.

28 BVerfGE 98, 218 – Rechtschreibreform (1998), 1. Leitsatz.

29 *Vorländer* 2015.

30 Vgl. *Hoffmann* 2020.

- Günther*, Frieder, 2004: Denken vom Staat her, München.
- Gusy*, Christoph, 2007: Brauchen wir eine juristische Staatslehre?, JöR, Bd. 55, S. 41-71.
- Häberle*, Peter, 1998: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin.
- Häberle*, Peter/*Kotzur*, Markus, 2016: Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl., Baden-Baden.
- Hammans*, Peter, 1987: Das politische Denken der neueren Staatslehre in der Bundesrepublik, Opladen.
- Hanschmann*, Felix, 2008: Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, Berlin u. a.
- Hauriou*, Maurice, 1965: Die Theorie der Institution, Neuausgabe, Berlin.
- Hoffmann*, Tanja, 2020: Der invariable Verfassungskern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Dürren.
- Jakab*, András, 2015: Staatslehre – eine deutsche Kuriosität; in: Schönberger, S. 75-121.
- Jellinek*, Georg, 1914: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg.
- Kelsen*, Hans, 1930: Der Staat als Integration, Wien.
- Kelsen*, Hans, 1922/23: Gott und Staat; in: Kelsen, Aufsätze zur Ideologiekritik, Neuwied – Berlin 1964, S. 29-55.
- Kremp*, Werner, 1996: Politische Institutionen einst und jetzt. Die lebende Verfassung; in: Wasser, Hartmut (Hrsg.), USA, 3. Aufl., Opladen, S. 95-116.
- Kuhn*, Astrid, 2021: Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus, Baden-Baden.
- Lepsius*, Oliver, 2004: Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?; in: EuGRZ, Heft 31, S. 370-381.
- Lepsius*, Oliver, 2013: Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat, Heft 2, S. 157-186.
- Lepsius*, Oliver, 2015: Entscheiden durch Maßstabsgestaltung; in: van Ooyen/Möllers, 2015a, S. 119-135.
- Lübbe-Wolff*, Gertrude, 2007: Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration, ZAR, Heft 4, S. 121-127.
- Möllers*, Christoph, 2008: Der vermisste Leviathan, Frankfurt am Main.
- Möllers*, Christoph, 2011: Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen.
- Möllers*, Martin H. W., 2009: Die Traditionen politischer Kultur in Deutschland nach Ernst Fraenkel als (Vor-)Belastung des deutschen Parlamentarismus; in: van Ooyen/Möllers, S. 207-249.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2006: Der Staat – und kein Ende?, JöR, Bd. 54, S. 151-166.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2008/09: Machtpolitik, Persönlichkeit, Staatsverständnis und zeitgeschichtlicher Kontext: wenig beachtete Faktoren bei der Analyse des Bundesverfassungsgerichts, JJZG, Bd. 10, S. 249-265.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2014: Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2015: Bundesverfassungsgericht und politische Theorie, Wiesbaden.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2019: Das „Deutsche“ in der deutschen Staats(rechts)lehre, RuP, Heft 2, S. 205-210.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2020a: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2020b: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2. Aufl., Berlin.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2020c: Ausländerwahlrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main.
- van Ooyen*, Robert Chr./*Möllers*, Martin H. W. (Hrsg.), 2009: (Doppel-)Staat und Gruppeninteressen. Pluralismus – Parlamentarismus – Schmitt-Kritik bei Ernst Fraenkel, Baden-Baden.
- van Ooyen*, Robert Chr./*Möllers*, Martin H. W. (Hrsg.), 2015a: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.

- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015b: Verfassungs-Kultur. Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle, Baden-Baden.
- Patzelt, Werner, 1998: Ein latenter Verfassungskonflikt?; in: PVS, Heft 4, S. 725-757.
- Patzelt, Werner, 2015: Warum mögen die Deutschen ihr Verfassungsgericht so sehr; in: van Ooyen/Möllers 2015a, S. 313-331.
- Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), 2000: Demokratie und Grundgesetz, Baden-Baden.
- Schönberger, Christoph, 2015: Der „German Approach“, Tübingen.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), 2007: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin.
- Sontheimer, Kurt/Bleek, Wilhelm, 1991: Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., München.
- Voigt, Rüdiger, 2015: Das Bundesverfassungsgericht in rechtspolitologischer Sicht; in: van Ooyen/Möllers 2015a, S. 69-94.
- Vorländer, Hans, 2015: Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts; in: van Ooyen/Möllers 2015a, S. 299-312.
- Voßkuhle, Andreas, 2013: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts; in: Ders. u.a. (Hg.): Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Berlin, S. 371-383.
- Wallrabenstein, Astrid, 1999: Untertan, Bürger oder Volkszugehöriger? Zum Verständnis des deutschen Einbürgerungsrechts; in: Der Staat, Heft 2, S. 260-278.
- Wassermann, Rudolf, 1972: Der politische Richter, München.
- Weiler, J. H. H., 1996: Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR, Bd. 44, S. 91-135.
- Wiegandt, Manfred H., 1995: Norm und Wirklichkeit: Gerhard Leibholz (1901-1982), Baden-Baden.
- Wöhst, Christian, 2017: Hüter der Demokratie, Wiesbaden.

**Staats- und Demokratietheorie: Zwischen politischer
Theologie, „Volksdemokratie“ und Pluralismustheorie**

Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner Richterschaft:

National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde, Kirchhof, Herzog und Di Fabio

1. Jede Justiz ist politisch

„Jede Justiz ist politisch, ob man das nun zugibt oder nicht“; entscheidend ist daher „daß sich der Richter des politischen Charakters seiner Tätigkeit bewußt wird“.¹ Das „Politische“ der Justiz hat eine ganze Reihe von Facetten; hierzu gehören die Einflüsse und Rahmenbedingungen, die überhaupt zur ihrer Tätigkeit führen ebenso wie die Auswirkungen von Gerichtsentscheidungen in den politischen Raum. In einem engen Verständnis wiederum fassen Jurist*innen unter „politische Justiz“ die direkte Rechtsbeugung im Verfahren des (Straf-)Prozesses durch Weisung der Regierung in das Gericht hinein – in extremen Schauprozessen zum Zwecke der (oft auch physischen) Vernichtung der Opposition. Streng genommen aber handelt es sich hier wohl gar nicht mehr um „Justiz“, sondern um „Politik“, weil überhaupt kein unabhängiges Verfahren existiert.² Demgegenüber wäre mit Otto Kirchheimer „politische Justiz“ erst gegeben, wenn ein „Kampf-(Straf)-Recht“ zur Anwendung durch eine „echte“ Justiz kommt; bestimmte (Gesetze haben zwar eine eindeutige „politische Färbung“, ihre Anwendung im konkreten Fall erfolgt jedoch durch den Richter weisungsunabhängig, als „rationales“ Strafverfahren und „fair“. So betrachtet ist sie dann sogar ein notwendiger Bestandteil des Rechtsstaats – sozusagen seine „dunkle Seite“ –, weil auch alle liberalen Demokratien in legitimer Weise politisches Recht zur „zivilisierten“ Bekämpfung ihrer „Feinde“ kennen, das aber in Exzesse umschlagen kann: Das galt etwa für die „McCarthy-Ära“ in den USA aber auch für die antikommunistische, politische Strafjustiz der bundesdeutschen Gründerzeit.

Justiz ist aber aus Sicht der Rechtspolitologie³ auch „politisch“, weil die in den Gerichten agierenden Personen nicht „neutral“ sind. Richter*innen streifen ihre „Weltanschauung“ nicht mit dem Überziehen der Robe ab: familiäre und berufliche Sozialisationen, normative Verankerung, religiöse Orientierung, wissenschaftliche Ansätze („Schulen“), politische Orientierungen und bisweilen auch Standesinteressen sind mindestens „subku-

1 Wassermann 1972, S. 17.

2 Vgl. van Ooyen 2011, S. 199 ff.

3 Zum Begriff vgl. Voigt 2015, S. 69 ff.

tan“ präsent:⁴ Über monarchistisch sozialisierte Funktionseleiten mit sozialen Abstiegs- und Proletarisierungängsten infolge der Inflation von 1923, die auf einmal das richterliche Prüfungsrecht von Gesetzen entdecken, ist schon in der Weimarer Zeit von Ernst Fraenkel gearbeitet worden.⁵ Obrigkeitsstaatliche Kontinuitätslinien der Justiz verlängerten sich bis weit in die Bundesrepublik.⁶ Zudem ist bekannt, dass der BGH, der bei der Frage der Fortgeltung von NS-Beamtenverhältnissen gerne naturrechtlich, im Falle der strafrechtlichen Verfolgung der NS-Justiz-Juristen zwecks Exkulpation dann aber hart rechtspositivistisch argumentierte („Gesetz ist Gesetz“).⁷ Und „politisch“ beschränkt sich in diesem Sinne inzwischen nicht mehr auf die seit dem 19. Jahrhundert kanonisierte klassische weltanschauliche Dreiteilung von Liberalismus, Konservatismus und Sozialismus, sondern ist längst auch etwa bei „Genderfragen“ angekommen.⁸

2. Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts

Die Macht des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zuletzt „Deutungsmacht“.⁹ Daher sind die Vorstellungen von Demokratie, Politik, Staat und Verfassung, die den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegen, von zentraler Bedeutung – vor allem, wenn es sich um Grundlagenurteile handelt, deren Ergebnisse jenseits der täglichen Gerichtsroutine zunächst offen sind und die im weiteren Verlauf den Pfad der Rechtsprechung prägen. Hervorzuheben ist dabei, dass das „Politische“ in der Verfassungsgerichtsbarkeit zunächst einmal für sich genommen kein „Makel“ ist – wie von vielen Jurist*innen an- und von diesen seitens der Politikwissenschaft dann z. T. übernommen wird. Schon das vorangestellte Eingangszitat von Wassermann sollte darauf aufmerksam machen, dass das „Politische“ in der Justiz eben nicht hintergebar ist¹⁰ – und gerade deshalb auch nicht aus dem „Recht“ als „Teufel“ ausgetrieben werden muss. Beim „Politischen“ des Bundesverfassungsgerichts¹¹ geht es vielmehr darum, die politisch-theoretischen Vorverständnisse und ideengeschichtlichen Rezeptionslinien, die wichtige verfassungsgerichtliche Entscheidungen dominieren, bei der Deutung zentraler verfassungsrechtlicher Begriffe offenzulegen und von hier aus ggf. einer Kritik zu unterziehen. Es also nicht das Problem, dass das Bundesverfassungsgericht schon allein dadurch politisch agiert, dass es Deutun-

4 Vgl. van Ooyen 2008/09, S. 249 ff.

5 Vgl. Fraenkel 1999, S. 177 ff.

6 Vgl. Requate 2008.

7 Vgl. allgemein: Müller 1989; speziell: von der Ohe 2010.

8 Vgl. allgemein: Ludwig/Sauer/Wöhl 2009.

9 Vgl. Vorländer 2015, S. 299 ff.

10 Vgl. van Ooyen 2009, S. 98 ff.; grundsätzlich schon Kelsen 2019.

11 Zu diesem politisch-theoretisch und ideengeschichtlichen Ansatz vgl. insgesamt van Ooyen 2020a; van Ooyen 2015a; van Ooyen 2005.

gen von Demokratie, Staat und Verfassung als „maßstabsetzende Gewalt“¹² normativ in die Gesellschaft einschreibt bzw. einschreiben muss (oder auch nur verstärkt). Problematisch wird es erst, wenn dies

1. nicht offen gelegt, sondern sogar weggeleugnet wird. So lässt sich nicht nur regelmäßig beobachten, dass die Bürger*innen sich nach einem möglichst politikfernen Bundesverfassungsgericht sehnen,¹³ das dem – von ihnen selbst gewählten (!) – parlamentarischen „Parteiengeschacher“ von „oben“ Paroli bietet: das Bundesverfassungsgericht sozusagen als „Ersatzkaiser-Ersatz“. Das Gericht versucht selbst, den „Makel“ des Politischen loszuwerden – sei es, weil es annimmt, hierüber seine Legitimationsreserven schützen zu können,¹⁴ oder sei es, weil es sogar an den in der deutschen politischen Kultur besonders wirkmächtigen Mythos einer klaren Trennung von Recht und Politik auch glaubt.
2. Und problematisch ist dies zudem, wenn die den zentralen Entscheidungen zugrunde liegenden theoretischen Vorverständnisse „falsch“ sind; „falsch“ im Sinne immanenter Widersprüche oder aber relativ betrachtet im Hinblick auf konkurrierende, „richtigere“ Theorieansätze, die jedoch vom Gericht ausgeblendet bzw. erst gar nicht verfolgt werden.

Nachfolgend wird daher anhand der Staatsverständnisse von ausgewählten Richtern exemplarisch gezeigt, dass die vom Bundesverfassungsgericht als Demokratie- und Staatstheorie vertretene „Trinitätslehre“ von Staat – Volk – Souveränität¹⁵ in diesem Sinne „falsch“ ist: sie veraltet und antipluralistisch, ihr etatistisch eingehegtes „Volksdemokratie-Modell“ dabei von zweifelhafter ideengeschichtlicher Herkunft.

Die getroffene Auswahl der Richter Ernst-Wolfgang Böckenförde, Paul Kirchhof, Roman Herzog und Udo Di Fabio ergibt sich, weil sich alle vier auch in der Staatsrechtslehre als namhafte Wissenschaftler etabliert haben, sodass sich hier einschlägige Zusammenhänge klarer herausarbeiten lassen als bei Mitgliedern des Gerichts, die ganz überwiegend bloß als Richter*in tätig sind.¹⁶ Die Macht des Berichterstatters bleibt in der Forschung zwar strittig,¹⁷ obwohl Kirchhof, Böckenförde und Di Fabio jeweils maßgebliche Urteile des Zweiten Senats, namentlich zu „Demokratie“ und „Europa“ mit ihrer Federführung

12 Vgl. *Lepsius* 2015, S. 119 ff.

13 Vgl. *Patzelt* 2015, S. 313 ff.

14 Vgl. *Lietzmann* 2015, S. 459 ff.

15 *van Ooyen* 2020a.

16 In der rechtspolitologischen und zeitgeschichtlichen Forschung sind diese Arbeiten immer noch viel zu selten; vgl. aber z. B. mit Blick auf Richter Gerhard Leibholz: *Wiegandt* 1995; auch *Lepsius/Doeering-Manteuffel* 2015, S. 167 ff.

17 Vgl. *Kranenpohl* 2009, S. 135 ff. Mit Blick auf die Arbeitsweise des BGH wird von BGH-Richtern selbst kritisiert, dass wohl nur der jeweilige Berichterstatter und der Vorsitzende überhaupt die ganzen Akten(berge) lesen würden und daher der Ausgang erheblich von der Person des Berichterstatters abhängen könne; vgl. *Fischer/Eschelbach/Krehl* 2013, S. 395 ff.

geprägt haben.¹⁸ Herzog wiederum hat zwar etwa an der berühmten, liberalen „Brokdorf-Entscheidung“ des Ersten Senats mitgewirkt;¹⁹ sein staatsorganisationsrechtliches Verfassungsverständnis aber bleibt genauso ganz dem nationalen Etatismus verpflichtet. Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts bzw. die Schriften von Böckenförde, Kirchhof, Herzog und Di Fabio spiegeln – wohl unabhängig von ihrer Senatszugehörigkeit – letztendlich nur den allgemeinen, problematischen Traditionsbestand wider, der für die deutsche Staatslehre überhaupt charakteristisch und über lange Jahre dominant (gewesen) ist²⁰ – dies bei vielen, ideengeschichtlich nicht geschulten Staatsrechtlern z. T. sogar völlig unreflektiert.

3. Der liberal-etatistisch eingehetzte Schmitt bei Böckenförde

3.1 *Etatistische „Volksdemokratie“ und Schmitt-Rezeption*

Eine theoretisch anspruchsvolle und im Bereich der Staatslehre und des Bundesverfassungsgerichts einflussreiche Konzeption hat Ernst-Wolfgang Böckenförde vorgelegt; sein Verdienst ist es, das Demokratieprinzip gegenüber dem in der Rechtsprechung des Gerichts dominierenden Topos des Rechtsstaats endlich überhaupt zur Geltung gebracht zu haben²¹ – doch, da seine Demokratietheorie explizit im Rückgriff auf Carl Schmitt erfolgte, leider in einer „falschen“ Weise.

Denn dem Demokratieverständnis von Böckenförde,²² seiner „Volksdemokratie“²³ liegt wie bei Schmitt die antipluralistische Konzeption einer homogenen politischen Einheit „Volk“ zugrunde. Das Volk konstituiert sich hierbei nicht durch die bloß formalrechtliche Gleichheit der Bürger in der Herrschaftsunterworfenheit und – als demokratischer Reflex hiervon – in der gemeinsamen Teilhabe an der Herrschaft.²⁴ Böckenförde begreift „Volk“ vielmehr als „Gemeinschaft“, deren Homogenität aus der Annahme einer Staat und Recht *vorgelagerten* und *substanziellen* Gleichheit resultiert:

„Die demokratische Gleichheit ist insofern eine spezifische Gleichheit, als sie zu ihrem Anknüpfungspunkt nicht die allgemeine Menschengleichheit hat, sondern die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft des Volkes... Der spezifische Charakter der demokratischen Gleich-

18 Zu „Europa“ vgl. die weiteren Beiträge im Band.

19 Zur alternativen Demokratietheorie bei „Brokdorf“ vgl. den weiteren Beitrag im Band.

20 Vgl. Bärtsch 1974; van Ooyen 2020b; Günther 2004; Möllers 2008; Schönberger 2015; van Ooyen 2019, S. 205 ff.

21 Vgl. Lepsius 2003, S. 393.

22 Vgl. Böckenfördes ausführlichen Handbuch-Beitrag: Demokratie als Verfassungsprinzip; zuerst in: Böckenförde 1987; aktualisiert in: Böckenförde 1991a, S. 289 ff.

23 Zur Kritik vgl. schon: Dreier 1991; Bryde 1994, S. 305 ff.; Köppe 1997, S. 45 ff.; Bull 1998, S. 241 ff.; Redaktion *Kritische Justiz* 2000; Lübke-Wolff 2007, S. 121 ff.; Petersen 2010, S. 137 ff.; Schönberger 2014, S. 121 ff.; Goerlich 2014, S. 194 ff.; van Ooyen 2015b, S. 326 ff.

24 So in der normativen Staatstheorie, ob bei Aristoteles, Cicero, Kant oder positivistisch bei Kelsen.

heit... zielt – über die formelle rechtliche Zugehörigkeit, die die Staatsangehörigkeit vermittelt, hinausweisend – auf ein bestimmtes inhaltliches Substrat, die sogenannte substanzielle Gleichheit, auf der die Staatsangehörigkeit aufruht. Hier meint Gleichheit eine vorrechtliche Gleichartigkeit“.²⁵

Diese Gleichheit ist es, die für Böckenförde das Politische und die Einheit konstituiert, zugleich auch das Heterogene als das „Fremde“ trennt – und zwar in einem existenziellen Sinne:

„Diese begründet die relative Homogenität, auf deren Grundlage allererst eine... demokratische Staatsorganisation möglich wird; Die Bürger wissen sich in den Grundfragen politischer Ordnung ‚gleich‘ und einig, erfahren und erleben Mitbürger nicht als existentiell anders oder fremd...“.²⁶

Entscheidend ist dabei allein die Konstituierung der existenziellen politischen Einheit und als Konsequenz der Ausschluss des Anderen, d. h. die „Vernichtung“ des Heterogenen innerhalb der politischen Einheit „Volksgemeinschaft“ („politische Gemeinschaft des Volkes“ (!); s. o.). Dabei ist wiederum in Anlehnung an Schmitt auch für Böckenförde der Inhalt des Politischen völlig beliebig, im Zeitalter des Nationalstaats jedoch durch die nationale Homogenität definiert:

„Diese Gleichartigkeit kann durch gemeinsame Religion, gemeinsame Sprache und Kultur, gemeinsames politisches Bekenntnis gegeben sein. In der modernen Demokratie, wie sie sich mit und seit der Französischen Revolution entwickelt hat, beruht sie bislang vornehmlich auf nationaler Gleichartigkeit und setzt diese voraus“.²⁷

Das „Volk“ existiert bei Böckenförde wie bei Schmitt als eine dem Staat vorausgesetzte souveräne politische Einheit, es ist wie bei diesem das „formlos Formende“²⁸ und hat folglich als in der Geschichte handelndes Subjekt von eigener Substanz ontische Qualität. Der Nationalstaat zeigt sich insofern nur als die konkrete Organisationsform der politischen Einheit in einer bestimmten historischen Epoche – oder wie es Schmitt formuliert hat, als die konkrete Entscheidung des Volkes über die Form seiner politischen Existenz.²⁹ Schmitt hielt jedoch die Epoche der Staatlichkeit für im Niedergang begriffen. Ein Zurück in das Zeitalter der souveränen Staatlichkeit schien ihm angesichts moderner „Entzauberung“ des Staates als „Betrieb“ unmöglich und so setzte er zur Wiederherstellung des in der Moderne verlorenen Mythos auf die Volkssouveränität im Sinne identitärer Demokratie, auf den Weg des plebiszitär legitimierten „Volksführers“ und seiner Legitimation ohne

25 Böckenförde 1991a, S. 332; vgl. auch S. 348 ff.

26 Böckenförde 1991a, S. 332 f.; vgl. hierzu: Schmitt 1996a, S. 13 f.; Schmitt 1996b, S. 27.

27 Böckenförde 1991a, S. 333; vgl. Schmitt 1996b, S. 38 f.

28 Schmitt 1993, S. 81; vgl. auch den an die Schmittsche Verfassungslehre angelehnten Begriff der verfassungsgebenden Gewalt; sie ist bei Böckenförde die nicht zu „zähmende“, politisch-theologisch überhöhte Gewalt des „souveränen Volkes“; Böckenförde 1991a, S. 90 ff.

29 Vgl. Schmitt 1993, S. 75.

Zwischenschaltung staatlicher Organe durch „Identitätsprinzip“ und „acclamatio“.³⁰ Genau deshalb schrieb Schmitt ja eine Verfassungslehre, nicht aber mehr eine Staatslehre. Seine „politische Theorie“ ist ganz bewusst „politische Theologie“ und nicht wie noch bei Hegel „Staatstheologie“ - oder, in den Worten Eric Voegelins formuliert: ein Fall von „politischer Religion“ mit dem „Volk“ als innerweltlichem Gottesersatz.³¹

Hier liegt der entscheidende Unterschied zu Böckenförde, der insoweit viel „konservativer“, weniger „revolutionär“ als Schmitt ist. Denn Böckenförde emanzipiert sich nicht vom Staatsbegriff, sondern verharrt im Etatismus des 19. Jahrhunderts; er ist „Staatstheologe“ – weil der (christliche) Staat für ihn mit der politischen Theologie Hegels (und Hobbes‘) Garant der (Glaubens-)freiheit – und des Friedens – schlechthin, der Pluralismus aber „ohne objektive Orientierung“ ist.³² Der Staat ist daher für Böckenförde die „‘minimum condition‘ für Frieden und Sicherheit“.³³ Er beklagt zwar einerseits den Verlust religiös gestifteter homogener Einheit infolge der Säkularisation. Die durch den (National)staat gegebene Einheit bleibt für ihn prekär, ein „Wagnis“,³⁴ da der „freiheitliche, säkularisierte Staat... von Voraussetzungen (lebt), die er selbst nicht garantieren kann“³⁵. Auf der anderen Seite führt für ihn aber „kein Weg über die Schwelle von 1789 zurück, ohne den Staat als Ordnung der Freiheit zu zerstören“³⁶. Staat, Frieden und Freiheit sind danach eine untrennbare „Symbiose“ eingegangen, da der Staat durch Beendigung des (religiösen) Bürgerkriegs mit der Herstellung von Frieden und (Religions)freiheit die vorstaatlichen Bedingungen geschaffen hat und garantiert, die ihm zugleich in seiner Labilität einer bloß säkularen politischen Einheit zugrunde liegen und stabilisieren. Deshalb kann Böckenförde mit Hegel den Prozess der Säkularisation „nicht als Negation, sondern als Verwirklichung der Offenbarung“ begreifen.³⁷

Heruntergebrochen auf das Verhältnis von Staat und Demokratie folgt hieraus im Unterschied zu Schmitt: Obschon wie dieser vom Mythos der Volkssouveränität ausgehend, permanent den „Volkswillen“ und das Volk als „Einheit“³⁸ gar als „Schicksalsgemeinschaft“ beschwörend³⁹ ist Demokratie für Böckenförde immer die durch die staatlichen Organe vermittelte Demokratie, d. h. Repräsentativdemokratie.⁴⁰ Insoweit bemerkt Meh-

30 Schmitt 1996a, S. 22.

31 Vgl. Voegelin 1996; Voegelin 1999.

32 Böckenförde 1991b, S. 142.

33 Böckenförde 1991b, S. 106.

34 Böckenförde 1991b, S. 112.

35 Ebd.; auch dieses „Böckenförde-Diktum“ ist ja bloß eine Variation von Schmitt, der den Begriff des Politischen dem des Staates voraussetzte.

36 Böckenförde 1991b, S. 113.

37 Böckenförde 1991b, S. 110.

38 Vgl. z. B. Böckenförde 1991a, S. 306 und S. 308: „Volkswillen“, S. 315: „Staatsvolk als Gesamtheit“, S. 324: „kollektiv-autonome Freiheit des Volkssouveräns“, S. 329: „politische(n) Gemeinschaft des Volkes“, S. 331: „Volk als Einheit“; S. 348: „Wir-Bewußtsein“ usw.

39 Ebd., S. 311 und 314: „politische Schicksalsgemeinschaft“, „Schicksal des Volkes“, „existentiell verbunden“.

40 Vgl. auch Böckenförde 1991a, S. 379 ff.

ring richtig, Böckenförde „harmonisiert... Schmitts Nationalismus mit seinem Etatismus“⁴¹. In den vom „ganzen Volk“ legitimierten Staatsorganen kommt zwar auch für Böckenförde die *volonté général* des „ganzen Volkes“ zum Ausdruck:

„Das demokratische Prinzip, wie es Art. 20 Absatz 2 GG als nähere Ausgestaltung der Volkssouveränität formuliert, ist bezogen auf die Ausübung von Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Es verhält sich nicht zur Demokratie als Lebensform, auch nicht zur ‚Demokratisierung der Gesellschaft‘...“⁴²

„Positiv-konstruierend legt der Satz vom Volk als Träger und Inhaber der Staatsgewalt fest, dass Innehabung und Ausübung der Staatsgewalt sich konkret vom Volk herleiten muß... (sogenannte ununterbrochene demokratische Legitimationskette)... Und sie darf, einmal eingerichtet, nicht autonom werden, muß sich vielmehr stets in angebbarer Weise auf den Volkswillen zurückführen lassen und gegenüber dem Volk verantwortet werden. Erst unter dieser Voraussetzung kann staatliches Handeln durch vom Volk unterschiedene und organisatorisch getrennte Organe so angesehen werden, dass das Volk durch diese Organe die Staatsgewalt ausübt.“⁴³

In extremo begreift diese Vorstellung den Staat als Automatenmodell⁴⁴ (bzw. juristisch formuliert als „Subsumtionsmaschine“), wo man vorne den allgemeinen Volkswillen hineinschüttet und hinten der bis auf den Einzelfall heruntergebrochene demokratische Beschluss herausrattert. Sie impliziert, da von einer unverfälschten Vermittlung des „Volkswillens“ durch den Staat ausgegangen wird, eine Identität von Volk, Staat und Individuum, d. h. letztlich auch hier eine Identität von Regierenden und Regierten. So ließe sich das Problem des Politischen als das Problem der Herrschaft von Menschen über Menschen einfach wegzaubern und mit ihm – insoweit typisch für alle Konzeptionen von „Volksdemokratie“ und „Staatstheologie“ – jede Form von Opposition, die von vornherein als illegitim zu gelten hätte. Doch so weit geht Böckenförde gerade nicht. Sein Begriff von Demokratie ist nicht nur liberal-rechtsstaatlich durch den Grundrechtsschutz flankiert; in seiner „Staatsdemokratie“ bleibt vielmehr eine Differenz der „Herrschaft“ – als Staatsgewalt – aufgrund der Repräsentation durch die Staatsorgane erhalten:

„Die Errichtung der Demokratie als Staats- und Regierungsform, die das Grundgesetz vorschreibt, bedeutet nicht die Aufhebung und Überwindung staatlich organisierter politischer Herrschaft, sondern eine bestimmte Organisation dieser Herrschaft. Staatsgewalt und die mit ihr gegebene Herrschaft von Menschen über Menschen bleibt auch in der Demokratie bestehen und wirksam, löst sich nicht in einer (falsch verstandenen) Identität von Regierenden und Regierten, auch nicht im herrschaftsfreien Diskurs auf. Sie wird aber in einer Weise organisiert,

41 *Mehring* 1995, S. 197.

42 *Böckenförde* 1991a, S. 296.

43 *Ebd.*, S. 299.

44 „Absolutistisches Maschinenmodell“, so *Blanke* 2000, S. 48; „Der Staat als Maschine“ als „Ideal des absolutistischen Fürstenstaates“; so schon *Dreier* 1991, S. 36.